

VU Research Portal

[Review of: H. Hovenkamp (2005) The Antitrust Enterprise. Principle and Execution]

Abdullah Khan, R.A.

published in

Markt en Mededinging

2006

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Abdullah Khan, R. A. (2006). [Review of: H. Hovenkamp (2005) The Antitrust Enterprise. Principle and Execution]. *Markt en Mededinging, jaargang 9(6)*, 196-199.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Herbert Hovenkamp

The Antitrust Enterprise – Principle and Execution

dr R.A. Abdullah Khan*

Wat moet een rechter doen die zich wil oriënteren op de methode van rechtsvinding in het mededingingsrecht? In ieder geval niet in de eerste plaats grijpen naar de omvangrijke jurisprudentie en beschikkingspraktijk op dit rechtsgebied. Ik zou aanraden het mooie boek te lezen van Hovenkamp over de hantering van het antitrustrecht door de burgerlijke rechter in de VS. Daarin beargumenteert de invloedrijkste autoriteit op dit gebied, dat een door rechters toe te passen mededingingsrecht om tal van redenen een bescheiden plaats zou moeten innemen als reguleringsvorm van de economie. Zijn benadering is eenvoudig weer te geven. Vooral tijdens colleges is hij uitgedaagd de meest fundamentele en haalbare doelstellingen van het mededingingsrecht voor het voetlicht te brengen (vii). Het belangrijkste dat zijn onderzoek heeft opgeleverd is dat rechters veelal niet over voldoende juridische instrumenten en het juiste economisch inzicht beschikken om doeltreffend in te grijpen in continu in beweging zijnde markten. Het fundamentele probleem van het mededingingsrecht is dat rechters te maken krijgen met marktinformatie die meestal ondoorzichtig is. Volgens Hovenkamp is het mededingingsrecht daarnaast onnodig ingewikkeld geworden door het gebrek aan inzicht dat de beslechting van geschillen in een rechtszaal de nodige beperkingen heeft. Het ingrijpen is alleen dan zinvol als een effectieve maatregel van de rechter mogelijk zou zijn. Er dient een *workable remedy* beschikbaar te zijn. Zo niet, dan zal de genezing van de kwaal moeten worden overgelaten aan andere wettelijke reguleringsvormen van de economie of aan de markt zelf. In deze context stelt

Hovenkamp dat 'An antitrust rule that cannot be administered effectively is worse than no rule at all' (p. 53). Het resultaat van deze zienswijze is, dat het boek gewijd wordt aan het blootleggen van de institutionele grenzen van het antitrustrecht en het formuleren van eenvoudige regels voor de handhaving (p. 50).

Mededingingsrecht als regulering

Hovenkamp beschouwt het mededingingsrecht als een vorm van regulering van de economie die *au fond* uit tal van markten bestaat. Een belangrijke veronderstelling van dit rechtsgebied is dat in de meeste gevallen de marktwerking voldoende zal zijn voor het ontstaan van concurrentie en innovatie. Het rechterlijk handelen in mededingingszaken dient dan ook te resulteren in een markt die zich verder kan uitbreiden. Een uitbreiding wil zeggen, dat een toename plaatsvindt van de afzet van producten en diensten, de kwaliteit ervan zal verbeteren, lagere prijzen worden aangeboden en meer gelegenheid tot innovatie kan ontstaan. Maar, terwijl alles in dienst wordt gesteld van deze expansie, moeten de uitkomsten niettemin opwegen tegen de torenhoge kosten die gepaard gaan met het mededingingstoezicht. Voor het geval deze conclusies te pessimistisch klinken, zo houdt Hovenkamp ons voor, dient men te beseffen dat het mededingingsrecht lang niet de enige vorm is van regulering van de economie. Hij ziet het antitrustrecht als reguleringsvorm bovenal als een stoplap. Het is de *residual regulator* die de lacunes aanvult van de andere vormen van wettelijke regulering van de economie. Veel besluitvorming ten opzichte van het mededingingsrecht

Dr. R.A. Abdullah Khan is universitair docent Europees recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

* *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, H. Hovenkamp, Harvard University Press 2005, vii+368 pp. ISBN 0-674-01897-4.

is terug te voeren op de juiste verdeling van regulerende bevoegdheden onder het algemeen mededingingsrecht en specifieke voorschriften voor intellectuele eigendomsrechten, de telecomunicatiesector, de energiesector, andere sectoren met een nutsfunctie en de eigendomsrechten in het algemeen.

Amerikanisering van het mededingingsrecht

Dit raak geformuleerde boek is leerzaam, omdat de hanteerbaarheid van het Europees en Nederlands mededingingsrecht zo belangrijk is geworden sinds de fundamentele wijziging van de toepassingsregels van het mededingingsrecht die totstandkwam met de invoering van Verordening 1/2003 en de Wet modernisering EG-mededingingsrecht. Door de nieuwe rol van de nationale rechter is in dit opzicht sprake van een *amerikanisering* van het mededingingsrecht. Een andere vraag is of onze rechters in de voetsporen moeten treden van hun Amerikaanse ambtgenoten door hen in methodologisch opzicht na te volgen. Na lezing van Hovenkamp zal het naar mijn bescheiden mening niet lang – mogen – duren voordat de door hem beschreven doctrinaire en rechterlijke aanpak van mededingingsrechtelijke problemen met een sterke nadruk op de micro-economische analyse wordt overgenomen. Ons mededingingsrecht zal naar het mij voorkomt anders niet behoorlijk zijn toe te passen door nationale rechters. Het ingewikkelde normstelsel zoals dat onder andere is neergelegd in communautaire verordeningen, bekendmakingen en richtsnoeren blijft zonder de door Hovenkamp uitgelegde methode van mededingingsanalyse ondoorzichtig en vaag. Hij leert ons, voor zover dat nog niet duidelijk was, het nut in te zien van het op de voorgrond stellen van een analyse van economische effecten. Mede daardoor raakte ik er steeds meer van doordrongen, dat de in de communautaire jurisprudentie en beschikkingspraktijk aangehaalde doelstelling van ‘bevordering van de economische integratie’ nogal vaag zal zijn voor nationale rechters. Wat betekent dat precies? En wat moeten ze daarmee doen? Meer rationaliteit terzake van de rechterlijke besluitvorming zal lijkt mij te ontnemen zijn aan de door Hovenkamp besproken vrij eenvoudige uitgangspunten van de neoklassieke visie op economische processen (p. 15-30). Kenmerkende veronderstellingen zijn dat men op basis van vrijwilligheid slechts transacties zal aangaan als deze wederzijds voordelig zijn en dat consumenten en ondernemingen rationeel handelen. Kort gezegd meen ik dat Hovenkamp zijn methodologisch gelijk meer dan bewijst, waar hij met voorbeelden weet aan te tonen dat een niet al te complexe micro-economische analyse onontbeerlijk is wanneer mededingingsrechtelijke geschillen door rechters moeten worden beslecht. Ik sluit mij dan ook aan bij zijn standpunt dat ‘Whatever one thinks of neoclassical economics as a foundation for legal policy, it does provide a coherent vision of how the economic world should work. That point having been made, one must also allow that even the most elegant models leave many unanswered questions, and economics is certainly no

exception. A small business welfare prescription would put us completely out to sea’(p. 44).

De implicatie van deze economische benadering is dat de rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het mededingingsrecht niet in de eerste plaats geholpen wordt met een op precedentenrecht gebaseerde methodologie. Een werkwijze die op de traditionele rechtsgebieden zoals de onrechtmatige daad en het verbintenissenrecht in het algemeen wel zinvol is. Hovenkamp constateert in dit verband terecht, dat mededingingsrechtelijke normen vaak niet duidelijk zijn gedefinieerd of dat voor de omschrijving van ‘normen’ verwezen wordt naar een verzameling van specifieke feiten. Als voorbeeld noemt hij beslissingen over misbruik van een machtspositie. Bij eerste lezing zijn de rechterlijke uitspraken omtrent *monopolization* veelal begrijpelijk, maar deze bieden niettemin weinig soelaas voor de oplossing van nieuwe kwesties. Gezien het feit dat eenzijdige gedragingen in de concurrentiestrijd de regel vormen is het inderdaad buitengewoon lastig dergelijke gedragingen mededingingsrechtelijk te classificeren. Daartegenover zijn overeenkomsten in de concurrentiestrijd eerder als uitzondering op de regel te beschouwen en dan ook gemakkelijker te rubriceren. Vrijwel elk gedrag dat het concurrenten lastiger maakt zou bij wijze van spreken als misbruik zijn te kwalificeren. Zo voert innovatie doorgaans tot volkomen nieuwe marktactiviteiten die historisch gezien onbekend zijn. Deze omstandigheden resulteren dan ook in een *monopolization law* dat zich niet herhaalt, de eerder beoordeelde gevallen doen zich eenvoudig niet opnieuw voor. Dit verklaart waarom misbruik van een machtspositie zo moeilijk te omschrijven valt en de bepaling zijn doel voorbij kan schieten. Deze gang van zaken vraagt dan ook om duidelijke omschrijvingen van misbruik, maar het voorschrift blijft desondanks het meest vage van het mededingingsrecht. Een serieus probleem bij misbruik is bovendien dat rechters in het kader van hun uitspraken al spoedig met een regulerende taak worden belast. Het niet onder ogen willen zien van de belangrijke verschillen tussen regulering en mededinging is volgens Hovenkamp een belangrijke oorzaak van veel fiasco’s in *monopolization* kwesties. Kort samengevat lijkt het onbetwistbaar dat het mededingingsrecht een merkwaardig rechtsgebied is. Het heeft eerder een onmisbare band met de economische wetenschap dan met het traditionele rechterlijke ambacht. Het zou het best kunnen worden getypeerd als een door rechters toegepaste vorm van micro-economie. Voor zover het al een morele lading heeft is dit niet anders dan de bevordering van de concurrentie. Bovendien is het ook niet geschikt als leverancier van *business ethics* (p. 47). Dat ligt meer op het terrein van de ongeoorloofde mededinging, dat geen deel uitmaakt van het door Hovenkamp behandelde antitrustrecht dat zich immers richt op het bestrijden van *mededingingsbeperkingen*. Aldus beschouwd is de gedachte dat rechters zonder meer aan de hand van de jurisprudentie en beschikkingspraktijk het mededingingsrecht zouden vinden te mooi om waar te zijn. Niet in het minst omdat rechters op grond van de atypische aard van het rechtsgebied, niet bij hun gewone leest blijven.

Globalisering

Los van hetgeen zojuist naar voren werd gebracht, is het lezen van dit boek al aan te bevelen op grond van het feit dat steeds vaker dezelfde gedragingen van dezelfde ondernemingen in de VS en de EU door rechterlijke en andere instanties worden getoetst. Voor het inzicht dat het antitrustrecht rechtstreeks van invloed kan zijn op onze economische activiteiten hoeft men maar te denken aan zaken als Boeing/McDonnell Douglas, GE-Honeywell en Microsoft.

Overzicht van het boek

Het boek bestaat uit drie delen en twaalf hoofdstukken. In het eerste deel getiteld 'Limits and Possibilities' wordt de toon gezet voor de rest van het werk. In hoofdstuk 2 bespreekt Hovenkamp de redenen waarom de wetsgeschiedenis van de meeste antitrustvoorschriften in deze tijd niet meer relevant is. Belangrijk zijn daarentegen de diverse ideologische scholen van antitrust, met name de Harvard School, de Chicago School en de Post-Chicago School. Hoewel deze het eens zijn over de bescherming van de welvaart van consumenten als centrale doelstelling van het mededingingsrecht bestaan verschillende inzichten omtrent de complexiteit van markten en het vermogen van rechters om een marktfalen te corrigeren. Eind jaren zeventig van de vorige eeuw vond in de Harvard School een belangrijke overgang plaats. Er werd afstand genomen van de opvatting dat de structuurkenmerken van een markt logisch zullen leiden tot een zeker marktresultaat. De aandacht werd daardoor meer gericht op het marktgedrag van ondernemingen wat weer strookte met de benadering van de Chicago School. Hovenkamp sluit zich aan bij deze nieuwe Harvard School die iets meer marktinterventies bepleit dan de Chicago School. Als belangrijk bezwaar tegen de Post-Chicago School geldt trouwens dat de complexiteit van hun speltheorieën over mededingingsbeperkend gedrag rechters kan noodzaken op kwesties in te gaan die niet met doeltreffende rechterlijke maatregelen zijn op te lossen. Uiteindelijk draait het in het antitrustrecht naar zeggen van Hovenkamp om zijn hanteerbaarheid. Daarbij geeft, hoe je het ook wendt of keert, de neoklassieke visie het meest coherente beeld van de wijze waarop de economie behoort te functioneren. In dit perspectief bestaat de behoefte aan eenvoudige niet al te afschrikwekkende regels, die met een redelijke mate van precisie door rechters zijn toe te passen. Regels die vrij robuust moeten zijn, zodat ze ook feitelijk naar een verbetering van het marktresultaat kunnen voeren. Het mededingingsrecht is eenvoudig niet in staat elke complexe marktsituatie in aanmerking te nemen. Wanneer een toestand op de markt dermate gecompliceerd is dat deze zich niet leent voor een betrouwbare analyse zal de enige juiste regel moeten zijn dat de markt zelf de afloop bepaalt en dat niet de rechter die vaststelt. Een rechter bevindt zich op riskant terrein als hij van oordeel is dat de welvaart zal worden bevorderd door marktgedragingen te verbieden, terwijl de economische gevolgen niet begrepen

zijn. Hovenkamp wijst op het feit dat vaaglijk omschreven of moeilijk te begrijpen mededingingsregels voor schade kunnen zorgen wanneer deze leiden tot inefficiënte aanpassingen van de bedrijfsvoering aan ondoorgrondelijke voorschriften (p. 54). In de hoofdstukken 3 en 4 bespreekt Hovenkamp de private handhaving van het mededingingsrecht. Vooral de *treble damages actions* kunnen een verkeerde aansporing betekenen voor concurrenten die in de concurrentiestrijd immers nadeel ondervinden van de lagere prijzen en betere producten van rivalen. Ook de automatische *trebling* werkt het instellen van oneigenlijke acties in de hand. In de VS is een efficiënt systeem van handhaving van het mededingingsrecht nogal van belang gezien het feit dat particulieren 95% van de zaken voor hun rekening nemen. De rol van de jury in mededingingszaken noemt Hovenkamp rampzalig. Hij merkt op dat de VS uniek is door in dit opzicht economisch beleid uit handen te geven aan leken. Hij constateert verder dat de uitslag van veel mededingingszaken gebaseerd wordt op de rapporten van economische experts. Het procederen over complexe aangelegenheden zonder het inbrengen van economische adviseurs is niet meer denkbaar. Van hun zijde is echter ook geregeld sprake van *junk science*. Het Supreme Court heeft zich met dit probleem ingelaten door in de *Daubert*-zaak (p. 78) criteria te geven voor eisen die gesteld dienen te worden aan de economische expertise in mededingingszaken. Deel II met als titel 'Traditional Antitrust Rules' betreft de rol van het mededingingsrecht op traditionele economische terreinen zoals de productie van goederen en diensten alsook de distributiesector. In hoofdstuk 5 worden bouwstenen van het mededingingsrecht uiteengezet, waaronder het onderzoek naar marktmacht, het bestaan van toetredingsbarrières en de redenen waarom meerzijdige marktgedragingen in het mededingingsrecht anders worden bejegend dan eenzijdige gedragingen. Bij meerzijdige gedragingen zoals overeenkomsten is het voor rechters eenvoudiger om gedragsvoorschriften te geven aan de betrokken partijen dan bij eenzijdige gedragingen mogelijk is. Ten opzichte van eenzijdige gedragingen zijn de rechterlijke voorschriften veel lastiger te ontwerpen. Bovendien dient meestal een voortdurend toezicht te worden gehouden op de naleving en daartoe zijn rechters weer zeer beperkt in staat. Hovenkamp weet in dit hoofdstuk verder op een knappe wijze aan de hand van marktverdelingsafspraken binnen joint ventures, de koppelverkoop en de verticale prijsbinding inzichtelijk te maken waarom het economisch gezien zo verstandig is om in deze gevallen de voorkeur te geven aan de *rule of reason* analyse in plaats van *per se* verboden. Hoofdstuk 6 gaat in op horizontale overeenkomsten tussen concurrenten. Daarbij komt het onderzoek van overeenkomsten aan de orde die er mededingingsbeperkend uitzien, maar op aanvaardbare nevenrestricties kunnen zijn gebaseerd. Het zal niet verbazen dat Hovenkamp hier grondiger analyseert dan de cirkelredenering weer te geven, dat een nevenrestrictie een beperkende clause in een overeenkomst is, die van zo groot belang en

als zo volstrekt verweven met het doel van de overeenkomst wordt geacht, dat de overeenkomst zonder deze beperking niet tot stand zou zijn gekomen. Hoofdstuk 7 bespreekt misbruikpraktijken die mogelijk vallen onder § 2 van de Sherman Act. Vooral aan *predatory pricing* wordt aandacht besteed. Hij vestigt de aandacht op het feit dat geen enkele rechter – ook niet het HvJ EG voeg ik dan toe – heeft kunnen uitleggen waar de grens moet liggen van een toelaatbare prijs, wanneer evenzeer als *predatory pricing* is aan te merken het aanbieden van een prijs beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten. Hoofdstuk 8 heeft betrekking op verticale afspraken en de rol die het mededingingsrecht kan spelen bij het toezicht op *intra-brand* en *inter-brand* restricties die dan voorkomen. Distributeurs en leveranciers hebben tegengestelde belangen, hetgeen de meeste *intra-brand* beperkingen verklaart. Hovenkamp is van mening dat het mededingingsrecht op het gebied van de distributie zich hoofdzakelijk moet richten op de bescherming van een efficiënte distributie tegen de eventuele marktmacht van gezamenlijke distributeurs in de vorm van horizontale kartelafspraken. Leveranciers zouden volgens hem vrijwel nooit slagen in het gezamenlijk verkrijgen van marktmacht. Hoofdstuk 9 behandelt het concentratietoezicht. Hovenkamp wijst onder andere op de onbetrouwbaarheid van de Herfindahl-Hirschman Index (HHI), terwijl hij zich ook afvraagt of de theorie over ‘niet-gecoördineerde effecten’ (unilateral effects theory) conceptueel gezien wel klopt. Het zijn al interessante uiteenzettingen vanwege het feit, dat beide onderwerpen een centrale rol spelen in communautaire richtsnoeren uit 2004 voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de concentratieverordening. Deel III van het boek gaat zoals Hovenkamp zegt over ‘problems of regulation, innovation, and the new economy markets such as computers and telecommunications. There the role of antitrust is less clearly defined, and more ambiguity exists about how antitrust policy should relate to other forms of government intervention in the market’ (p. 93). Hoofdstuk 10 behandelt de verhouding tussen het algemeen mededingingsrecht en de specifieke vormen van marktregulering. De aandacht is in het bijzonder gericht op verklaringen van de dereguleringen in de afgelopen dertig jaar. Hovenkamp maakt nogal duidelijk dat het algemeen mededingingsrecht zich in belangrijke opzichten onderscheidt van andere reguleringsvormen van de economie en dat rechters een beperkte inbreng behoren te hebben wanneer alternatieve reguleringen bestaan. Hoofdstuk 11 beschouwt de *interface* tussen het mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrechten. In abstracto lijkt een botsing te bestaan tussen deze rechten en het mededingingsrecht dat immers de concurrentie moet zien te bevorderen. Bij nadere analyse van de raakvlakken blijken de conflicten echter mee te vallen en een aantal verdwijnt volledig. Hovenkamp maakt wel een uitzondering ten aanzien van licentieovereenkomsten tussen concurrenten, die in beginsel nader moeten worden onderzocht. Hoofdstuk 12 richt

zich op de Microsoft-zaak. In deze gecompliceerde kwestie ziet hij in afwijking van wat op grond van de rest van het boek zou kunnen worden gedacht, een rol weggelegd voor het antitrustrecht. Desalniettemin maakt hij een voorbehoud door eveneens wetgeving voor te stellen als methode om deze bijzondere netwerksector te kunnen beheersen.

Balans

Alan Greenspan heeft het antitrustrecht eens getypeerd als *utter nonsense*. Hovenkamp geeft hem soms groot gelijk, maar belangrijker is dat hij aantoonst dat het mededingingsrecht een bescheiden rol in de economie ten deel valt.